

Revista CESCO de Derecho de Consumo

Nº 7/2013

<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

I. Estudios y Consultas

LA DOCTRINA CASACIONAL SOBRE LA TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS SUELO CONULCA LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA¹

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

M^a Carmen González Carrasco

Profesora titular acreditada a Cátedra de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: La Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, relativa a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios por falta de transparencia es inconstitucional por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Este artículo expone los argumentos que justifican este reproche.

Palabras clave: préstamos hipotecarios, cláusulas abusivas, nulidad, control de transparencia, derecho a la tutela judicial efectiva, inconstitucionalidad, inseguridad jurídica, acciones colectivas, entidades financieras.

Title: Cassational doctrine on transparency of "bottom" clauses that violate the constitutional right to effective judicial protection

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera

Abstract: The Judgment of the Supreme Court 241/2013, of 9th May, on unfairness of “bottom” clauses in mortgage loans due to lack of transparency is unconstitutionality because of the violation of the right to effective judicial protection. This paper explains the arguments to justify this reproach.

Key words: mortgage loans, unfair clauses, nullity, control of transparency, right to effective judicial protection, unconstitutionality, legal uncertainty, collective actions, financial institutions.

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. I. LA INSEGURIDAD JURÍDICA RESULTANTE. 1. ¿Qué hacer? 2. Desarrollo normativo posterior. 3. La creación de inseguridad jurídica por vía de arbitrariedad. 4. Irracionalidad de imposible cumplimiento. No existe margen posible para exigencias que excedan los estándares de la normativa sectorial. 5. Un mapa de localización de la cláusula suelo en las obligaciones de transparencia bancaria impuestas por la normativa sectorial. 5.1. La cláusula suelo en la OM 5.5.1994. 5.2. La cláusula suelo en la orden EHA/2899/2011. 6. Excurso, sobre la inexistencia de base fáctica para la asunción fundamental del Tribunal Supremo. II. LA PERVERSIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO CONDUCE EN ESTE CASO A UNA RESOLUCIÓN “NO FUNDADA EN DERECHO”. III. LA SENTENCIA ES INCONGRUENTE EN TÉRMINOS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE INCONGRUENCIA EXTRAPETITA. 1. El proceso argumentativo que conduce a la incongruencia *extra petita*. 2. El Tribunal Supremo malinterpreta los precedentes del TJUE. 3. Excurso sobre incongruencia, aplicación de oficio y “*iura novit curia*”. 4. Además de incongruente, la sentencia es inconstitucional por autocontradictoria. 5. La incongruencia de la nueva *causa petendi* de la falta de transparencia. 6. Se satisface el test de inconstitucionalidad para declarar la incongruencia. IV. LA (IN)ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA SENTENCIA 9.5.2013 GENERA INDEFENSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El proceso iniciado por AUSBANC contra las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés en préstamos hipotecarios obtuvo un primer éxito tras dictarse la sentencia (estimatoria de la nulidad solicitada) 246/2010 de 30 de septiembre, del Juzgado número 2 de lo Mercantil de Sevilla. Poco después, la sentencia de 7 de octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta), revocaba la sentencia declarativa de nulidad y cesación de la cláusula suelo dictada por el Juzgado. Siete semanas antes de la publicación de su fallo se producía el hecho insólito de que una nota de prensa adelantaba el sentido de la deliberación que dio lugar a la Sentencia de la Sala 1ª del TS núm. 241/2013 de 9 mayo, sobre el recurso de casación planteado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. Las asociaciones de consumidores (y seguramente, también el Ministerio Fiscal) reaccionaron con sorpresa ante la fundamentación de la nulidad finalmente declarada. De hecho, los nuevos titulares de prensa ya no hablaban de nulidad de las cláusulas suelo, sino que reproducían la declaración principal de la sentencia: *Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos* (FD 15º, § 256). Las cláusulas

suelo enjuiciados eran declaradas *no transparentes* y, por ende, abusivas. ¿Quién había pedido tal cosa? ¿Es posible analizar de oficio la falta de transparencia? ¿Puede constituir la falta de este requisito el fundamento de una acción colectiva?

La sentencia no ha contentado a ninguno de los agentes enfrentados², ha creado extremada inseguridad jurídica, como se desprende de la caótica evolución jurisprudencial posterior en primera instancia y en apelación³, se soporta sobre argumentos indefendibles y absurdos en el terreno de legalidad civil ordinaria⁴ y es, finalmente, inconstitucional, porque lesiona el derecho de tutela judicial efectiva de las entidades financieras demandadas y recurridas (probablemente también el de AUSBANC, aunque la asociación no tenga ahora interés en recurrir más alto). Sólo de este último reproche de inconstitucionalidad, el más contundente y el más evidente, nos ocupamos en el presente trabajo. Pero no queremos dejar de advertir cómo la praxis judicial civil posterior a la sentencia del TS se ha encargado de confirmar con los hechos que el brillante test de transparencia constituye un invento espurio, porque la praxis no ha realizado ningún esfuerzo por examinar las circunstancias de hecho de cada caso, y se aboca a una declaración automática de nulidad, revelando con ello la inexistencia de un espacio propio para el examen de la transparencia⁵.

² Muy significativo, por constituir *excusatio non petita*, es el comunicado oficial de AUSABANC sobre el alcance real de la STS 9.05.2013 y la necesidad de interponer acciones individuales para obtener la nulidad pretendida en toda su extensión.

(http://www.ausbanc.es/web/Comunicado_oficial_en_relacion_a_la_sentencia_del_2013510143754.asp)

³ CARRASCO PERERA, A. /GONZÁLEZ CARRASCO, C.: "¿Hay que "quitar" las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios?" (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/34.pdf>); GARCÍA MONTORO, L. Nota jurisprudencial: "Contra la sentencia del tribunal supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones";(http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/clausulas_suelo.pdf)1. AGÜERO ORTIZ, A. "¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o, de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales" (<http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos6.asp>); "Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos" (<http://blog.uclm.es/cesco/notas-jurisprudenciales/>). El Auto 400/2013 de 31 de julio de 2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Huelva lleva al máximo la confusión sobre los efectos de la STS 9.5.2013 al denegar el despacho de ejecución en virtud de la nulidad declarada por el TS.

⁴ CORDERO LOBATO, E. "Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)". Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, págs. 129-133; HERNÁNDEZ GUARCH, C.: La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas. Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, Págs. 134-169.GONZÁLEZ CARRASCO, C. "Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo 2013", Revista CESCO de Derecho del Consumo (<https://cesco.revista.uclm.es>), núm. 6, págs.98-115.

⁵ La SAP Madrid, secc. 28ª, de 26 julio 2013, FD 4ª *da por supuesto* que han concurrido en todos los casos las contingencias de no-transparencia, como mecanismo alternativo para declarar en abstracto la nulidad de las cláusulas suelo examinadas en la acción colectiva. Lo mismo ocurre cuando se da curso al control de transparencia en la fase de oposición al juicio ejecutivo ordinario o hipotecario, como ocurre en la SJPI Huelva 1, 31 julio 2013 y el AJPI 7 de Collado Villalba (Madrid) de 5 de septiembre de 2013, comentado por GONZÁLEZ CARRASCO, C. en este mismo Centro de Estudios de Consumo. Según

Sostenemos que la sentencia incurre en inconstitucionalidad (1) por pervertir el sistema de fuentes de Derecho; (2) porque sitúa a las entidades financieras ante la tesitura de un "cumplimiento perverso" de la normativa sectorial; (3) porque impide a las entidades condenadas y al resto de las entidades orientar su conducta futura de cumplimiento en el sentido de la exigencia impuesta por la sentencia; (4) porque incurre en manifiesta incongruencia *extra petita*; (5) porque contiene argumentos contradictorios, relativos a lo que promete hacer y lo que efectivamente hace para respetar la prohibición de indefensión; (6) porque no ha permitido a las partes ni realizado por su cuenta ninguna actividad probatoria relativa a los nuevos hechos "incriminatorios" introducidos en el proceso.

I. LA INSEGURIDAD JURÍDICA RESULTANTE

1. ¿Qué hacer?

Las cláusulas suelo, establece el Tribunal Supremo, son "lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidoras del *objeto* (sic) principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos". La Dirección General de Regulación y Estabilidad Financiera del Banco de España envió el pasado 25 de junio una carta a las patronales del sector bancario (AEB, CECA y UNACC) para que trasladaran a sus socios la necesidad de revisar si las cláusulas suelo de sus hipotecas se adecúan a la resolución. Se señalaba igualmente que las entidades "deberán, en lo sucesivo, extremar la atención a la hora de comercializar las hipotecas que incorporen este tipo de cláusulas siguiendo, *en especial y entre otros, los requerimientos de información, transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, así como los criterios establecidos por la sentencia del Supremo*". El Gobernador del Banco de España afirmó que "si no son legales y hay dudas, deben desaparecer", pero nunca ha existido, ni se la espera, una orden de retirada a la AEB y a la CECA en tal sentido, sino una llamada de atención a las entidades para que revisen sus cláusulas y decidan bajo su propia responsabilidad si se ajustan a los requisitos impuestos (a sensu contrario) por la STS 9.5.2013 y, de resultar lo contrario, las eliminen de sus contratos. Las sorprendentes dudas del máximo órgano de disciplina bancaria sobre la legalidad intrínseca de las cláusulas suelo sólo pueden explicarse desde la situación de inseguridad jurídica y devaluación del sistema de fuentes creada tras la sentencia.

Nadie sabe cómo se debe actuar en el futuro. Según lo dispuesto por la STS, el cumplimiento de fórmulas preestablecidas en la legislación sectorial no será suficiente para impedir la falta de transparencia, esto es, para permitir al consumidor *identificar la cláusula como definidora del objeto* (sic) *del contrato y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*. Puede admitirse que la sola existencia de la «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario», publicada en julio de 2013 conforme al art. 20 de

noticia del HERALDO DE ARAGÓN 26/09/2013, el Juzgado de lo Mercantil 1 de Madrid ha anulado por abusiva, no por falta de transparencia, una cláusula suelo de BANTIERRA.

la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, la Orden EHA 2899/2011) con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información estandarizada para adoptar sus decisiones de financiación, no constituya “esa información adicional” que elimine de forma automática la falta de transparencia de la cláusula. También es claro que la información “orientativa” de las *Fichas de Información Precontractual (FIPRE)* previstas por el art. 21 de la Orden EHA/2899/2011 no será suficiente para eliminar un posible supuesto de falta de transparencia.

2. Desarrollo normativo posterior

Pero cuando la sentencia del TS fue dictada, ya estaba vigente, aunque no resultase aplicable a los préstamos objeto del pleito, la EHA/2899/2011, que vino a sustituir a la OM 5.5.1994⁶. La nueva Orden determina los requisitos de la información precontractual y el contenido contractual de los préstamos hipotecarios, partiendo de la existencia de la cláusula suelo y determinando los requisitos de la información previa y de la inclusión en el contrato de las cláusulas de este tipo. Sólo cinco días después de la publicación del fallo de la sentencia se aprobó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que incluye un artículo 6 dedicado al fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios, en el que de nuevo se parte de la licitud de las cláusulas de limitación del interés al alza y a la baja, exigiendo determinados deberes notariales en la verificación de los

⁶ La primera norma de Derecho interno específicamente destinada a regular esta materia fue la OM de 5.5.1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (modificada por OM 27.10.1995 y afectada por el art. 40 del RDL 6/2000). Ha de tenerse en cuenta, además, la Recomendación de la Comisión de 1 marzo 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda. Esta Recomendación no excluyó la aplicación de la legislación nacional en la materia (en el caso de España, la OM 5.5.1994), aunque invitó a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que la información adicional exigida a nivel interno pueda sumarse a la información exigida en la Recomendación (art. 4 I de la Recomendación). Sin embargo, en España no fue grande el impacto de esta Recomendación comunitaria, pues los contenidos sobre los que debe versar la información son similares a los que preveía la OM 5.5.1994. La entidad debía entregar gratuitamente un folleto informativo con los contenidos del anexo I y del art. 4 (art. 3). La entidad que decidía concertar el préstamo debía realizar una oferta por escrito y firmada por su representante, que debería mantenerse al menos durante 10 días hábiles contados desde su entrega, salvo que mediaran «circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad» (art. 5.1 OM 5.5.1994). Debía contener en todo caso las cláusulas financieras del anexo II y del art. 5.2 (art. 5 OM 5.5.1994), coincidentes con las de la escritura. Entre ellas, los tipos de interés variable debían quedar definidos en la cláusula financiera 3ª bis de la escritura. La OM 5.5.1994 preveía formas concretas, pero se permitía la definición de cualquier otro modo, siempre que resultase claro, concreto y comprensible por el prestatario (cfr. RRDGRN 14.3.2002, RA 6183; 15.3.2002, RA 6184). Si “se pactaban”, debían indicarse los límites a la variación del tipo. Además, debía indicarse el índice de referencia conforme al cual variaría el interés.

anteriores deberes. La sentencia ha declarado que la observancia más escrupulosa de los requisitos de información-transparencia impuestos por la normativa imperativa sectorial (OM de 5.5.1994, vigente en el momento de la contratación objeto del proceso, actualmente sustituida por la Orden EHA/2899/2011) no servirá para satisfacer el estándar de transparencia exigido por el juzgador, cuando es manifiesto que éste fue y ha sido el propósito del Ministerio de Economía y del Banco de España. ¿Pero valdrá entonces el cumplimiento mero y simple del requisito casi rutinario exigido por la Ley 1/2013, de que el consumidor haga constar de forma manuscrita que conoce la naturaleza y efectos de la cláusula? ¿Es esto lo que *faltaba* a las entidades demandadas para conseguir alcanzar el estándar de validez? Porque si con tal cosa queda satisfecha la exigencia (iy no puede ser de otra forma, salvo que se conculque el principio de legalidad!), el empeño de la sentencia es un *non sequitur*, que condena a las entidades demandadas *por nada* y les exige en el futuro acomodarse a una exigencia *que es nada*.

3. La creación de inseguridad jurídica por vía de arbitrariedad

Las afirmaciones⁷ de los máximos responsables del Banco de España sorprenden por su resignación ante la inversión del sistema de fuentes del Derecho que pretende la STS 9.5.2013. Desde el Banco de España bien podría haberse entendido, y esto habría sido lo correcto, que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, habría venido a reconocer la licitud de la cláusula suelo cuando la misma se ajusta a las obligaciones de información y transparencia de la normativa sectorial reguladora de los préstamos hipotecarios. Así lo ha entendido el propio Gobierno, que considera, con razón, que "cuando el Gobierno planteó el RD Ley sobre protección de deudores hipotecarios, que luego se ha transformado en la Ley 1/2013 de 14 de mayo, se anticipó a la decisión del Supremo"⁸. Lejos de ello, el TS exige a las entidades que sujeten las cláusulas, no sólo a la normativa sectorial que las regula, sino también a una sentencia que fue dictada con anterioridad a dicha normativa, que en la actualidad tiene rango de ley. Sentencia que, por si ello no fuera suficiente, se permitió aclarar su fallo por Auto de 6 de junio de 2013, endureciendo las condiciones del mismo (al considerar suficiente una sola de las circunstancias descritas en el FJ decimotercero, § 225, para calificar como abusiva por falta de transparencia la cláusula en cuestión) y, lo que es peor, advirtió, con clara referencia a las normas de transparencia vigentes, que la utilización de "determinadas fórmulas", "*formalismos* a

⁷ Previamente, el ministro de Economía, Luis de Guindos, en la misma línea, había pedido al Banco de España que vigilase que toda la banca elimina las cláusulas cuando el cliente no haya sido debidamente informado, y sin que ello implicara un endurecimiento de otras condiciones del préstamo.

⁸ Cfr. Lo afirmado por Sáenz de Santamaría en la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros inmediatamente celebrado tras la publicación de la STS. <http://www.vozpopuli.com/actualidad/26735-saenz-de-santamaria-afirma-que-el-gobierno-se-anticipo-al-tribunal-supremo-al-regular-las-clausulas-suelo>.

menudo carentes de eficacia real” no impiden la consideración de la cláusula como abusiva.

La sentencia es inconstitucional, porque “con total evidencia se omite la consideración de la ley aplicable” (STC 132/2007) y “se pretieren las fuentes del Derecho” (SSTC 17/1981, 23/1988, 194/2006). Si la OM de 5.5.1994 no satisfacía el estándar de transparencia a que la propia norma aspiraba⁹, bastaba haberla anulado o (al tratarse de un juez civil) haberla *inaplicado por contraria a la ley* (al art. 80 de la TRLCU, puesto por caso), pero no se puede sostener que las entidades que satisfacen los estándares de esta transparencia *simple* incumplen las exigencias de la transparencia *cualificada* y la razón por la que esta reforzada transparencia se incumple es precisamente la observancia de la norma en cuestión, porque las entidades financieras están condenadas al fracaso si hacen constar las cláusulas suelo/techo en la forma exigida por esta normativa, pues precisamente por ello, por observarlas, incurren en alguno de los nichos de no-transparencia que delimita el § 225 de la sentencia.

La situación creada por dicha manifestación aclaratoria del Auto es perpleja. La propia oscuridad y falta de transparencia del fallo, incrementadas por el Auto de aclaración de 6 de junio de 2013, lo hacen difícilmente interpretable. Pero, por otro lado, para intentar interpretarlo no nos sirve la normativa sectorial sobre transparencia, que al Auto se le antoja generadora de formulismos carentes de eficacia real. En efecto, las entidades recurridas presentaron solicitud de rectificación, aclaración y subsanación de la sentencia, interesando que la Sala aclarase, entre otros, *el apartado séptimo del fallo de la Sentencia en el sentido de que la declaración de nulidad sólo es predicable respecto de las cláusulas suelo allí indicadas, de modo que satisfacen el requisito de transparencia las cláusulas suelo respecto de las que se hayan observado al menos una o algunas de las medidas indicadas en las letras a) a f) de dicho apartado o, en su defecto, respecto de las que se hayan adoptado medidas equivalentes (como por ejemplo la comunicación de información verbal o por escrito, o la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante u otro documento análogo).*

Según el TS, a través de su Auto de 6 de junio queda aclarado:

⁹ Si bien no es éste el caso: la O.M. de 5 de mayo de 1994 contemplaba las cláusulas suelo exigiendo unas condiciones de transparencia financiera cuyo cumplimiento por parte de las entidades demandadas reconoce la propia STS 9.05.2013 (&202: “Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor”) si bien, como ya hemos dicho, en el Auto de aclaración de 3 de junio de 2013, la Sala llega a decir que la transparencia “no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real”.

a) que el apartado séptimo del fallo establece “seis motivos diferentes” de falta de transparencia. Y que una cláusula puede ser abusiva por contravención de únicamente uno de ellos es debido a que sólo uno se refería a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas, cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes.

b) que las circunstancias enumeradas *constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas*.

c) que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra.

d) “que la presencia aislada de alguna, o algunas no determina necesariamente que la cláusula sea abusiva por falta de transparencia”.

Por su parte, el § 300 de la sentencia limitó los efectos del fallo a las entidades que oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, “cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”.

En consecuencia, se sabe, porque está comprendido en el fallo, que los modelos de escrituras hipotecarias específicamente examinados en los *Hechos* son nulos por falta de transparencia. Pero no se sabe si otros modelos de escrituras hipotecarias de las mismas entidades, que divergen de las consideradas *ad exemplum*, están o no afectados por el mismo vicio, ni se sabe si existe alguna cláusula suelo de otra entidad ajena al proceso que también pueda ser censurada de no transparente. No se sabe cómo se puede satisfacer en el futuro el test de transparencia del § 225, porque (a) la procedencia de uno de los criterios de no-transparencia no hace sin más nula la cláusula, ya que el defecto puede ser compensado por otras cláusulas o por la “impresión de conjunto” de la cláusula suelo; (b) ni tan siquiera la concurrencia de todos los factores negativos determina de suyo y siempre la nulidad porque, según el Auto, el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios; y, más importante, (c) puede resultar que una cláusula suelo llegue a ser no-transparente a pesar de no haber incurrido en ninguno de los factores de no-transparencia listados en § 225, por estar afectada de alguna otra patología oculta que no se predefine.

El resultado de este excursus es que la sentencia padece de una absoluta falta de lógica en la motivación (“desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas”, STC 132/2007). En rigor, se concluye sin que se pueda saber qué hay que hacer para satisfacer el estándar de validez impuesto

por la sentencia y se impone a los recurridos (y al conjunto de entidades financieras) un horizonte perverso de irracionalidad: el cumplimiento escrupuloso de los estándares de información transparente exigidos por la norma sectorial no garantiza que la cláusula suelo en cuestión no sea de nuevo anulada como no transparente; más aún, este cumplimiento será indiciario de que no se está respetando la exigencia de la verdadera transparencia.

La sentencia lesiona el derecho de tutela judicial efectiva porque motiva irracionalmente una decisión perversa que impide que los interesados puedan orientar su estrategia futura de cumplimiento de normas. No se sabe cómo puede satisfacerse el estándar de transparencia cualificada y no sólo es seguro que no se satisface por el cumplimiento de la "abrumadora" normativa sectorial, sino que cabe sospechar que precisamente en este cumplimiento se halla el pecado de falta de transparencia.

La razón de ello se encuentra en el siguiente proceso argumental irracional. Según la propia sentencia, existirían dos estándares de transparencia exigibles. Al primero le denominaremos *transparencia simple* y el segundo puede ser catalogado de *transparencia cualificada*. Mas resulta que según la sentencia la *sedes materiae* de la transparencia cualificada es el art. 80.1 de la TRLCU, que es *indiscutiblemente* la misma sede en la que se regulan los requisitos de la transparencia simple ("*concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*"). Esto es, la norma relativa al filtro de transparencia sería la misma para ambas fases del proceso (§ 210). Si esto fuera así, no pasaría nada más grave que la formulación de una distinción insustancial. Mas no es así. Aunque la *sedes materiae* de la transparencia cualificada es la misma que la de la transparencia simple, y queda expresamente "admitido que la transparencia de las condiciones examinadas superan el filtro de inclusión en el contrato" (cfr. § 216), sin embargo *no se satisfacen las exigencias* de transparencia cualificada por el simple hecho de satisfacer las exigencias de la transparencia simple. La satisfacción de las prolijas y detalladas exigencias de información-transparencia que exige la normativa sectorial imperativa garantiza que los contratos de hipoteca cumplen las exigencias de la transparencia simple (§§ 199, 202). Se supone entonces que el exigente regulador sectorial (Ministerio de Economía y Banco de España) se ha limitado a exigir unos rudimentos mínimos de cumplimiento y que, teniendo como propósito regular las condiciones de información exigible en la comercialización *transparente* de hipotecas al consumidor, no lo han hecho, empero, y se ha quedado a medio camino, dando por supuesto que existen exigencias suplementarias que este regulador, pudiendo hacerlo, sin embargo ha omitido imponer. El regulador sectorial o

no ha pretendido, nos dice el tribunal, o no ha conseguido, agotar el objetivo de asegurar una transparencia cualificada (§§ 210, 211).

4. Irracionalidad por la imposición de estándares de imposible cumplimiento. No existe margen posible para exigencias que excedan los estándares de la normativa sectorial

La sentencia es irracional porque las entidades afectadas y el resto de las entidades no pueden hacer nada por acomodar su conducta futura a los estándares de cumplimiento de la transparencia, si estos estándares no son ya y sólo los que impone la normativa sectorial. Analizando caso por caso los supuestos de falta de transparencia de los seis apartados del FJ 13º (§ 225) resulta lo siguiente.

a) *Inevitablemente*, si se cumple el estándar formal documental impuesto por las normas sectoriales, la cláusula suelo/techo incurrirá en no-transparencia, porque la ubicación exigible de aquélla “proyectará sombras sobre lo que aisladamente considerado sería claro” (según el nicho de no-transparencia de § 212) con el riesgo de que “se desplace el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la captación de la oferta” (§ 218), elementos *secundarios* que serán el resto de los componentes de la cláusula de intereses bancarios, que, según la norma, es donde debe incardinarse la cláusula techo/suelo y por lo mismo caerán en el lazo de la no transparencia porque, al incluir la cláusula en la sistemática obligada “le da un tratamiento impropriamente secundario” (§ 221). No se hace una advertencia especial de que se trata “de un elemento definitorio del contrato”, y ello dispara de nueva la falta de transparencia [§§ 225 a), 256], lo que obligará en el futuro a las entidades a duplicar la constancia documental de la cláusula, una para cumplir con la norma y otra para acceder a la transparencia; mas si ello es así porque la cláusula suelo es un elemento esencial del contrato, lo mismo ocurrirá con el resto de las determinaciones exigidas respecto del cálculo de los intereses remuneratorios, y *todo el material documental deberá ser duplicado*, lo que por su parte volverá a precipitar la acusación de falta de transparencia, porque se producirá un “enmascaramiento de la cláusula entre información abrumadoramente exhaustiva” (§ 212), una “ubicación entre una abrumadora cantidad de datos [§ 225 e)].

b) Según el TS una cláusula de este tipo puede ser nula si *crea la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero* (§ 217). Este es un obstáculo insalvable para el mantenimiento de la cláusula suelo, porque equivale a decir que una cláusula suelo siempre será opaca por el hecho de constituir una limitación del interés mínimo debido por el consumidor (que es su objetivo). Puesto que es evidente que una cláusula suelo siempre provocará ese efecto, la argumentación de la sentencia es arbitraria, porque no puede sostenerse al mismo tiempo que las cláusulas suelo son

en principio lícitas (§§ 250, 256, 258) y luego pretender que serán ilícitas cuando merced a ella se produzca la impresión de que se está pactando un préstamo a interés variable en su integridad. Esta impresión no puede ser falsa, sino correcta, pues de otro modo se estaría diciendo que el efecto de una cláusula suelo es convertir en fijo un préstamo que es variable en su origen, lo que sin más sería incompatible con la propia definición de cláusula suelo. Si existe algo así como una cláusula suelo/techo, y ésta es prima facie lícita, entonces *inevitablemente* acaba *creando la apariencia* (sic) de que el préstamo se ha concedido a interés variable; y en eso está el pecado de falta de transparencia. En efecto, no es que la cláusula suelo cree la apariencia de que el préstamo es a interés variable, sino que efectivamente, el préstamo sigue siéndolo a pesar de y por la cláusula suelo. Y las oscilaciones a la baja del índice de referencia podrán producir y de hecho producirán de ordinario una disminución del precio del dinero prestado, como lo prueba el hecho de que el propio Auto de aclaración de 5 de junio de 2013 haya tenido que especificar que el hecho de que algunos adherentes experimentaran bajadas en los tipos de interés de sus contratos de préstamo durante un período de tiempo no impide la nulidad de la cláusula en cuestión. Téngase en cuenta, además, que en el apartado 14 de la Ficha de Información Personalizada (FIPER) figurará la frase “Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo a pesar de ser variable nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado, en negrita, sombreado o con letras de mayor tamaño]” y que los arts. 23.1 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y 30.3 de la Orden EHA/2899/2011 concretan las obligaciones de asesoramiento que ex art. 147 RN (redactado por RD 45/2007) incumben al Notario autorizante¹⁰. *¿Qué más se puede pedir?*

c) Según el TS, conduce a la no-transparencia la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del *objeto* (sic) principal del contrato. Si lo que quiere decir la STS es que la cláusula suelo

¹⁰ El Notario advertirá de la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tanto en sus aspectos generales como en los detalles concretos que, en relación con la escritura a autorizar, sean sometidos a su consideración (cfr. art. 23.1 LCGC). Por su parte, el art. 30.3 de la Orden EHA/2899/2011 impone al Notario las siguientes obligaciones: 1) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente, y con la suficiente antelación, la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia. 2) En préstamos a interés variable, **comprobar si el cliente ha recibido la información relativa a los tipos de interés (entre otras, instrumentos de cobertura, cláusulas suelo y techo) y advertirle expresamente cuando el tipo de referencia pactado no sea uno de los oficiales (definidos en el art. 27 de la Orden), cuando el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores, cuando se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, advirtiéndole expresamente de los efectos de estas cláusulas.**

define, complementándolo¹¹, un elemento esencial del contrato, la exigencia se reduce a ubicarla junto a la cláusula definitoria del interés variable y el diferencial aplicable *de forma destacada* (lo que, como ya hemos visto, ya exigía y exige la normativa sectorial) a modo de especificación del interés mínimo (y máximo) a pagar. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, que regula la ficha de información personalizada de obligatoria entrega al consumidor (FIPER), se especifica de forma destacada, dentro del apartado dedicado al interés, la modalidad de su determinación, fijo, mixto o variable y en este caso, la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado, o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés. Y en el artículo 25 de la Orden se establece la necesidad de una información adicional sobre cláusulas suelo y techo, según el cual, en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, *se recogerá en un anexo¹² a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima*. De forma parecida -y no olvidemos que la propia sentencia reconoce su cumplimiento-, la OM de 5 de mayo de 1994 obligaba a incluir en la cláusula financiera 3 de la escritura (y previamente, como ya hemos visto, en la oferta vinculante):

"3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable. Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo. Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.

4. Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable. Si se pactara un umbral mínimo para la variación del tipo de interés (de forma que éste permanezca inalterado cuando la fluctuación del índice de referencia no alcance, en más o en menos, cierto umbral), se expresará dicho umbral en fracciones de punto.

¹¹ Complementándolo pero no definiendo el elemento esencial, puesto que la ausencia de la cláusula suelo no determina la nulidad del contrato.

¹² La existencia de este anexo prueba por sí sola la imposibilidad de cumplimiento de todos los reproches de falta de transparencia que realiza la STS 9.5.2013. Porque si se quiere evitar que la cláusula quede oculta en una gran cantidad de datos, habrá de proporcionarse en anexo; pero si ello se hace así, la Sentencia achaca entonces que no se destaque de forma suficiente su importancia como "objeto" (sic) del contrato.

Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto).

5. Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable.-La cláusula deberá especificar:

a) La forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período;

b) Si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que discrepe del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable”.

d) De nuevo en todo ello se peca de motivación irracional. La sentencia llega admitir que la cláusula estaba diseñada para variar *mínimamente* el interés vigente al contratar. Y afirma incluso que, independientemente de su ubicación, sería abusiva por crear una falsa apariencia de préstamos a interés variable, aunque en el Auto aclaratorio afirma que no es óbice a la nulidad de una cláusula que en algún momento el consumidor haya podido disfrutar de una bajada del tipo de interés en relación con el diferencial de referencia. Con ello está diciendo que una cláusula suelo es opaca o sorpresiva por el hecho de serlo. Pero si ello es así (variabilidad mínima), la relevancia de la cláusula suelo se hace todavía menor, dado que la eventualidad marginal en el acaecimiento del supuesto de hecho de la cláusula propicia que el consumidor no la tenga en cuenta a la hora de la formación de su voluntad, y por ende no sea preciso llamar adecuadamente su atención para que repare y reflexione sobre la cláusula en cuestión, que para él carecería de importancia, precisamente porque (icómo augura el TS!) ha contratado *realmente* un préstamo con interés inferior fijo.

e) Según el TS, crea falta de transparencia la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (§§ 219, 258). Esta exigencia es asimismo de difícil cumplimiento, habida cuenta de que la normativa vigente exige que ambos extremos figuren de forma unitaria y destacada en la misma información y cláusula contractual “límites al alza y a la baja”. En el apartado 5.6) de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario publicada por el Banco de España en julio de 2013 siguiendo el mandato contenido en el artículo 20 de la Orden EHA/2899/2011, y en la disposición adicional tercera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social el máximo órgano de disciplina bancaria reconoce que *es el cliente quien debe prestar atención y valorar la diferencia existente entre el suelo y el techo, y la relación que estos guardan con el tipo de referencia seleccionado cuando el contrato incluya estas cláusulas* (cláusulas techo, suelo, o techo y suelo), previstas en la normativa de transparencia (actualmente en la Orden EHA/2899/2011) de forma necesariamente conjunta (vid. art. 21, Anexo I,

Ficha de Información Precontractual o FIPRE, secc. 3; art. 22, *Ficha de Información Personalizada o FIPER*, secc. 2; secc. 3; secc. 5 c; art. 25, Anexo a la FIPER; art. 29, cláusulas financieras reiterativas de la FIPER). La propia OM 5.5.1994 vigente en el momento de la contratación objeto de los contratos objeto del proceso exigía asimismo hacer constar en la misma cláusula financiera los límites mínimo y máximo inmediatamente después de la formulación general de la variación y de la identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia (en un apartado 3º a la cláusula financiera 3ª bis) en términos absolutos (tipo de interés porcentual máximo y mínimo) "cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo" y en caso contrario, "de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho. La consecuencia es que las entidades no pueden evitar de ninguna forma incorporar conjuntamente las cláusulas techo y suelo, porque la norma sectorial exige que se hagan constar en una misma casilla la existencia de limitaciones cualesquiera a la alteración de los tipos. Será entonces la norma la que cree la *falsa impresión* de que el techo es un corresponsivo del suelo, pero las entidades financieras no pueden hacer nada por evitarlo.

f) Según la sentencia, se incurre en falta de transparencia cuando no se aportan simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. Este requisito ha de considerarse sobradamente cumplido, no sólo con la información personalizada inclusiva de las características del préstamo que debe facilitar la entidad antes de su contratación a través de la FIPER, en la que debe hacerse una mención específica y especial a las mismas "de forma destacada en negrita, sombreado y carácter de mayor tamaño", indicando el tipo mínimo y máximo a aplicar y la cuota máxima y mínima que habría que pagar como consecuencia de la aplicación de esos techos y suelos (ANEXO II Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Sino, sobre todo proporcionando las simulaciones a que obliga el art. 26 de la Orden según lo dispuesto en la sección 3 de las instrucciones para la cumplimentación de la FIPER. El art. 26 de la Orden EHA/2899/2011 establece que habrá de adjuntarse a la Ficha personalizada, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se expresarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor. De acuerdo con el art. 27 de la Orden, pueden utilizarse los tipos de referencia oficiales allí definidos, que se publican mensualmente. Por su parte, la sección Tercera, dedicada a las instrucciones de cumplimentación de la FIPER, ordena:

Si el tipo de interés aplicable fuera variable o variable limitado, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

a) variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período;

b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron;

c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

g) Otra cuestión relativa a la seguridad jurídica en relación con los efectos de la STS 9.5.2013 es la de los distintos medios de información al consumidor (de *pluralidad de medios* de información adicional a las cláusulas anuladas habla el auto aclaratorio) en relación con los efectos del fallo a contratos existentes en el momento de la misma. Según el art. 22.3 de la Orden EHA/2899/2011), toda información adicional a la FIPER que la entidad facilite al cliente debe figurar en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha personalizada, lo que parece imponer la plasmación por escrito de la información oral que la entidad alegue haber proporcionado. Pero desde el momento en que se plasme en documento separado una mención a que el adherente ha recibido información adicional, se corre el riesgo de caer en el formulismo que la STS rechaza como mecanismo de transparencia.

En consecuencia, la sentencia es irracional porque sanciona a las entidades financieras por el incumplimiento de un estándar que no puede ser distinto de los estándares preexistentes contenidos en el art. 80.1 TRLCU y en la normativa sectorial correspondiente de transparencia bancaria. Y porque les impone un programa de cumplimiento que, o bien ya están cumpliendo, o bien no pueden cumplir sin infringir la normativa sectorial correspondiente, o bien sólo pueden cumplir, y no incumplir la norma sectorial, mediante la reduplicación de información documental productora de una "información abrumadoramente exhaustiva", lo que les hará sucumbir finalmente y sin remisión en el reproche de falta de transparencia. Un repaso de la información previa y coetánea a la firma de la escritura de préstamo que impone la normativa sectorial en relación con la cláusula suelo-techo así lo demuestra. Dedicamos a ello el siguiente apartado de este epígrafe.

5. Un mapa de localización de la cláusula suelo en las obligaciones de transparencia bancaria impuestas por la normativa sectorial

Reproducimos a continuación un extracto de las referencias obligatorias a las cláusulas de limitación a la variación de tipos de interés tal y como estaban previstas en el iter negocial diseñado por la OM 5.5.1994 en el momento de la celebración de los contratos de préstamo analizados por la STS 9.5.2013 y, a continuación, localizaremos la información preceptiva sobre la misma cláusula según lo que dispone en la actualidad la OM EHA 2899/2011. Se podrá comprobar cómo la normativa sectorial ya satisface suficientemente todas las exigencias de transparencia que propone la sentencia del TS y cómo la cláusula suelo no puede encontrarse descrita en otro sitio y en otro contexto sistemático distinto del que impone esta normativa.

5.1. La cláusula suelo en la OM 5.5.1994

Exp. Motivos: "...garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios facilitando la comparación de las ofertas de distintas entidades. A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndolo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. ..Por eso se dicta conjuntamente con el Mº de Economía y Hacienda y de Justicia"

1. ACTOS PREPARATORIOS (Capítulo III)

A) Entrega folleto informativo tras solicitud de préstamo (art. 3):

Contenido ESPECÍFICO de préstamos a tipo variable:

- Indicación orientativa, mediante un intervalo, del margen sobre el índice de referencia
- *Índice o tipo de referencia, último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales.*
- Plazo de revisión de tipos de interés
- TAE, con indicación del intervalo en el que razonablemente puede moverse
- Frase "variará función de los tipos de interés"
- Mención al carácter vinculante por diez días de la oferta en caso de que ésta se realice

B) Oferta (vinculante 10 días) y aceptación (art. 5)

- ***Especificará, en el mismo orden, las cláusulas financieras del anexo II (v.gr. suelo, 3ª.3)***

C) Redacción del proyecto de escritura pública por el Notario y derecho de **examen** del prestatario en el despacho de éste durante tres días hábiles (renunciable) antes de su otorgamiento (art. 7º.2)

D) Advertencia notarial, en su caso, de (art 7.3º):

- **Discrepancia** con oferta vinculante y derecho de apartamiento del contrato
- Existencia de **límites a la variación del tipo de interés**
- **Advertencia previa + constancia expresa en escritura** de la desigualdad de los **límites** al alza y a la baja

2. CONTENIDO DE LA ESCRITURA: Cláusulas financieras del Anexo II OM (art. 6º):

A) Requisitos de constancia y ubicación (generales a todas las cláusulas financieras del Anexo II):

- **Con el mismo orden y contenido fijados en anexo**
- Debidamente **separadas de las restantes cláusulas contractuales**

B) Redacción concreta cláusula suelo (apdo. 3 cláusula 3ª bis anexo II)

-¿Dónde?

- **Dentro** (como apdo 3) de cláusula 3ª bis ("interés variable"), cláusula que a su vez debe estar separada del resto de condiciones contractuales.
- **E Inmediatamente después de la formulación general de la variación** y de la Identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia.

-¿Cómo?

a) En términos **absolutos** (tipo de interés porcentual máximo y mínimo). **Forma obligatoria** "**cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo**".

b) **En caso contrario**, "**de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho**".

c) Requisito añadido por art. 7.3º OM: Constancia expresa en la escritura de la **desigualdad** de los límites al alza y a la baja.

5.2. La cláusula suelo en la Orden EHA/2899/2011

Exp. Mot: "*se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de ambos servicios vinculada a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, y esta orden no viene sino a reforzar al máximo las obligaciones transparencia y difusión de información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación*".

1. En los ACTOS PREPARATORIOS (Información precontractual)

- **Guía de acceso al préstamo hipotecario (art. 20 OM y apdo. 5.6 Guía)**
- **FIPRE: Ficha de Información Precontractual de Anexo I (art. 21)**
 - Documento único y exacto a anexo I, eliminando todo apartado no procedentes
 - "Secc. 2: *CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PRÉSTAMO*": **(sin embargo, aquí no hay que hacer referencia al suelo-techo)**
 - "Secc. 3. TIPO DE INTERÉS: **(aquí sí)**
 - CLASE Y NIVEL DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE:
 - **Variable limitado** (expresando el tipo de interés mínimo y máximo y el tipo de interés de referencia + diferencial en los períodos correspondientes)
 - "Se especificará **de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos)** del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés"
- **FIPER: Ficha de Información Personalizada (art. 22). (sólo se indican los contenidos de información sobre cláusulas suelo):**
 - Secc.2: *CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO*
 - **Clase de tipo de interés aplicable.**
 - "de forma destacada, la **existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos)** del tipo de interés variable limitado, o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés".
 - **Suma total a reembolsar. Si es de tipo de interés variable, se calculará el importe total a reembolsar con el supuesto de que el tipo de interés o de cambio se mantiene constante durante todo el período al nivel de la fecha más próxima a la de la emisión de la FIPER.**
 - Secc.3. *TIPO DE INTERÉS*
 - "La TAE aplicable a su préstamo es [TAE]. **Comprende:**
 - El tipo de interés [valor en porcentaje o en tipo de referencia más diferencial si se tratase de un tipo variable o variable limitado]
 - **[Otros componentes de la TAE: de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés]"**
 - Secc. 5: *IMPORTE DE LA CUOTA HIPOTECARIA*
 - Las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés cuando el préstamo aplica un tipo de interés variable o variable limitado. Según el apartado de instrucciones conlleva incluir:

- Ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. **En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:**

a) variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho período;

b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron;

c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

- Secc.6: TABLA DE AMORTIZACIONES
 - Tipo de interés
 - Advertencia sobre la variabilidad de las cuotas
- Secc. 14: RIESGOS Y ADVERTENCIAS
 - (Si ha lugar) *Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo a pesar de ser variable nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado]*

ADEMÁS:

- **EN UN ANEXO A LA FIPER (Artículo 25. Información adicional sobre cláusulas suelo y techo):** “En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima”.
- Y en el caso de que se trate de un instrumento de cobertura de tipo de interés, “si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se

indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos, **art. 24**).

2. EN EL DOCUMENTO CONTRACTUAL Y EL ACTO DE OTORGAMIENTO

A) **Contenido (art. 29): Cláusulas financieras** establecidas de forma separada al resto de cláusulas restantes, cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada (POR LO TANTO, VOLVERÁ A REITERARSE LA CLÁUSULA SUELO EN LAS NºS 2,3,5,6,14 Y ANEXO DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS DE LA ESCRITURA DE LA FORMA YA VISTA EN RELACIÓN CON LA FIPER).

B) **Posibilidad de examen previo al otorgamiento durante un plazo (renunciable) tres días (art. 30.2).**

C) **Control notarial (art. 30.3):**

- Verificación notarial de entrega anterior de la FIPER (y por lo tanto, dichos contenidos sobre la cláusula suelo)
- Verificación notarial de si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante (esto es, si existe *ex novo* una limitación a la variación del tipo de interés)
- Advertencia expresa de la existencia de límites al alza o a la baja
- Advertencia sobre los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
- Advertencia sobre las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si únicamente se ha establecido un límite máximo a la bajada del tipo de interés

D) ***Expresión manuscrita del cliente de haber sido informado de los riesgos anteriores en relación con la cláusula suelo-techo (añadido por Ley 1/2013 de 14 de Mayo de protección del deudor hipotecario)***

6. ***Excurso, sobre la inexistencia de base fáctica para la asunción fundamental del Tribunal Supremo***

Considera el TS que el segundo nivel de transparencia que su sentencia exige, y que según la misma no cumplen las cláusulas objeto de la declaración de nulidad del fallo, impide al consumidor “percatarse de su importancia”, lo cual las convierte en abusivas, aun cuando, como admite expresamente en el § 216, **cumplen con los requisitos de inclusión**. En definitiva, según el TS, existe un criterio de abusividad relacionado con la comprensibilidad real que escapa del control de inclusión para determinar abusividad por sorpresividad. Pero es evidente que la sorpresa ha de causarle un “desequilibrio importante” en el sentido del art. 82 TRLCU, si

no queremos caer en la más absoluta (y *contra legem*) creación judicial de Derecho. Porque, según la STJUE 14 marzo 2013, en la que el TS se apoya para justificar la introducción de oficio de la *abusividad por falta de transparencia*, “para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», el órgano judicial llamado a estimar de oficio la abusividad de la cláusula **debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual**”.

¿Los consumidores habrían sopesado la cláusula suelo para decidir su elección? Creemos que no, a pesar de la inexistente actividad judicial valorativa al respecto en este caso. El consumidor medio centra su decisión sobre el coste actual en el momento de contratar. La propia STS 9.5.2013 asume esta realidad (§ 220), transcribiendo la opinión al respecto del Informe del Banco de España remitido al Senado¹³. Y sobre este coste, en dicho momento, el consumidor habría admitido cualquier limitación siempre que supusiera una bajada, siquiera ésta fuese mínima. Porque para el consumidor siempre será mejor un límite a la bajada del interés que un interés fijo, que *notoriamente* le ha ofrecido el mercado y que éste ha rechazado. Si el Tribunal Supremo considera que el consumidor desconoce la cláusula suelo, también ha de serlo que desconoce el techo. Lo cual significa que habría aceptado un préstamo cuyo interés (conocido y aceptado como variable) se hubiera elevado sin límite alguno conforme a las fluctuaciones del mercado crediticio. ¿Puede mantenerse tras esta consideración que para el consumidor era esencial la expectativa futura de un coste sustancialmente menor? Creemos que tampoco. El consumidor -y menos el consumidor ignorante que toma como paradigma el TS- no realiza el juicio previo a sus elecciones sobre circunstancias eventuales, como lo es en nuestro caso la bajada de tipos¹⁴. Por lo tanto, no es posible concluir en la transcendencia de las limitaciones a la rebaja del coste del crédito en las posibilidades reales de elección del consumidor entre varias ofertas cuando a la vez se acepta que el consumidor, ignorante también del techo, contrató aceptando la posibilidad de un coste ilimitadamente superior. La Sentencia castiga al consumidor futuro solicitante de crédito con la desaparición de los préstamos a interés variable, así como del propio techo, que no puede subsistir sin el suelo.

II. LA PERVERSIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO CONDUCE EN ESTE CASO A UNA RESOLUCIÓN “NO FUNDADA EN DERECHO”

¹³ “[I]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]”.

¹⁴ (Sobre ello, véanse las interesantes reflexiones de Cámara Lapuente, S. “El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato, Thomson - Aranzadi, Cizur Menor, 2006. pág. 114).

El Tribunal Constitucional ha determinado que la resolución de conflictos judiciales al margen del sistema establecido de fuentes del Derecho condena la resolución como "no fundada en Derecho" en el sentido del art. 24 CE. Así las SSTC 126/1994, 23/1988, 58/2000. Según los términos de la STC 194/2006, *"la preterición del sistema de fuentes implica la vulneración del derecho al proceso debido y genera indefensión"*.

No se propone aquí una cuestión de legalidad ordinaria. Errores de identificación normativa existen y graves en la sentencia, empezando por no haber sabido entender cuál es el alcance del art. 4.2 de la Directiva 13/1993. Pero éstos quedan en el marco del juicio de legalidad, como es también extremo propio de legalidad el de iluminar el grave error sistemático del TS de creer que nuestro Derecho necesitaba una norma como es el § 307 (1) inciso segundo, del Código civil alemán para colmar una laguna que nuestro sistema no ha padecido nunca, precipitándose con ello en el abismo de la oscura transparencia¹⁵.

Pero sí se conculca el sistema de fuentes cuando se propone que los predisponentes de cláusulas suelo no superan el juicio de validez a pesar de haber satisfecho el estándar de transparencia del art. 80.1 y la exigencia de buena fe del art. 82.1 TRLCU, cuando se propone que todavía tienen que satisfacer un tercer estándar que no está formulado en sitio alguno sino en el propio art. 80.1 -confiesa el propio Tribunal-, que *prima facie* ya ha sido cumplimentado por el disponente. Se crea con ello una laguna imposible de colmar, un estándar de cumplimiento imposible de satisfacer, porque también se descualifica como medio de cumplimiento la satisfacción de todas las exigencias que impone la normativa sectorial y que precisamente, y no otro, tiene como objeto conseguir un óptimo nivel de información - transparencia a favor de los deudores hipotecarios.

La alusión a la categoría de las cláusulas sorprendentes fue expresamente rechazada en la tramitación parlamentaria de la LCGC¹⁶. Y por otra parte, la falta de trasposición en nuestro ordenamiento del art. 4.2 de la Directiva no se debe a la voluntad de nuestro legislador interno de ampliar la protección del consumidor haciendo extensivo todo el control de contenido a los elementos esenciales que sostiene la STJUE 3 de junio 2010, sino a la circunstancia de que los requisitos de incorporación de la LCGC (arts. 5 y 7) y el TRLCU (arts. 80 y

¹⁵ Como oscuro es el planteamiento del problema que el propio TS se crea a sí mismo en el & 215, al afirmar: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente (sic).

¹⁶ En el Proyecto de Ley la recogía la letra C) del art. 5, afirmando que no quedar incorporadas al contrato las condiciones generales que "de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia (BOCG Congreso, VI Leg. Serie A, Proyectos de Ley, 5-9-1997, núm. 78-1). Resulta relevante y premonitorio constatar que el Grupo Parlamentario Catalán, autor de la enmienda de supresión, consideró que el supuesto introducía gran inseguridad jurídica (BOCG, Congreso, VI Leg. Serie A, Proyectos de Ley, 23-10-1997, núm. 78-6, enmienda 81, pág. 41).

83) ya son exigibles a la determinación del precio y el objeto. Así, si un Estado (v. gr. Alemania) decide transponer la exoneración del control de los elementos esenciales, igual que hace la Directiva, debe, como ésta, permitir sin embargo que sí se controlen cuando no fuesen redactados de forma clara, pues lo contrario sería una rebaja del nivel de protección otorgado por aquélla. Pero si un Estado, como es el caso de España, no transpone el art. 4.2 de la Directiva, la solución correcta no es entender que se permite un control de contenido ampliatorio de la protección del consumidor (solución en la que el TSJUE no puede concluir, ya que no puede decidir cuál es el concreto régimen de control de los elementos contractuales esenciales en un Estado miembro), sino enjuiciar la adecuación de la normativa interna previa una interpretación acorde a la Directiva¹⁷. Interpretación que no pasa por considerar necesariamente que el art. 4.2 introduce una categoría nueva y distinta de abusividad por falta de transparencia, sino por entender que dichos requisitos se cumplen a través de los requisitos de incorporación de arts. 5 y 7 LCGC y 80 y 83 TRLCU.

III. LA SENTENCIA ES INCONGRUENTE EN TÉRMINOS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL¹⁸ SOBRE INCONGRUENCIA EXTRAPETITA

1. El proceso argumentativo que conduce a la incongruencia extra petita

Según la posición principal mantenida por la demandante AUSBANC, la cláusula suelo-techo afecta al equilibrio de las posiciones de las partes en el contrato porque, mientras que el límite mínimo de variabilidad se alcanza de hecho, impidiendo al consumidor la variación a la baja del interés inicial pactado, el límite máximo ('techo') no es susceptible de servir de cobertura al riesgo de una elevación proporcional a aquélla en contra de la entidad acreedora (del 10% de la Caixa hasta el 15% de Caja Mar y 12%-15% de

¹⁷ Como afirma CÁMARA LAPUENTE, S., a quien seguimos en esta reflexión, en su trabajo "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia (de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo" (REVISTA CESCO DE DERECHO DE CONSUMO núm. 6 (2013).

<http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55> : *Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo.*; "...El interpretar cuál es el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto está fuera de las competencias del TJUE, como se infiere del art. 267 TFUE. No corresponde al Tribunal de Luxemburgo decir cuál es el significado de una laguna legislativa en un Derecho nacional, sino sólo interpretar la Directiva y, en el caso que nos ocupa, señalar si una norma comunitaria puede o no ser alterada por los Estados Miembros al acometer su implementación. Más aún: la solución genuina del Derecho de la Unión Europea ante la falta de transposición de las reglas contenidas en una Directiva es la interpretación del Derecho nacional de conformidad con dicha Directiva..."

¹⁸ En doctrina, sobre las «cláusulas suelo», véase CASTILLA CUBILLAS, M., «Sobre la abusividad de las cláusulas de "suelo" hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», Revista Aranzadi Doctrinal, 2011, nº 1 (BIB 2011, 289), pág.1 ss.; PÉREZ CONESA, C., «Nulidad de la "cláusula suelo" en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable por abusiva», Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº. 2 (BIB 2011, 592), pág.1 ss.; o PERTIÑEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», Aranzadi Civil-Mercantil, 2011, nº 9 (BIB 2011, 840) , pág. 1 ss.

BBVA), resultando inane a los efectos de asegurarle el riesgo de la elevación del tipo de interés que sí quedaría sin embargo asegurado para la entidad en el caso de un bajada de los tipos de interés como la ocurrida en estos años pasados (con límites mínimos que oscilan del 2,75 de LA CAIXA, 3,25 de CAJA MAR Y 3,25-3,50% de BBVA). Por su parte, la intervención del Ministerio Fiscal en fase de apelación se limitó a “intentar” destruir la licitud de fondo declarada por la Sentencia recurrida, reconociendo incluso que no sería fácil habida cuenta de la impecabilidad de los argumentos de ésta. Las entidades demandadas se defendieron dentro de los estrictos términos del planteamiento del actor, alegando que la cláusula suelo no era una condición general de la contratación, que no cabía sobre la misma control de abusividad y que, en cualquier caso, se trataba de una cláusula que superaría el estándar de abusividad del art. 82 TRLCU. En ningún momento se discutió la falta de transparencia o sorpresividad de la cláusula suelo.

El TS expresamente declara la licitud de las cláusulas discutidas en cuanto al fondo (§§ 250, 256, 258), y aclara que se trata de una cláusula habitual que puede responder a razones objetivas del mercado crediticio. En términos de la *causa petendi* que delimitó la *litis contestatio*, el tema debería haber quedado con ello resuelto, y, por ende, la sentencia de la Audiencia confirmada. La sentencia avala incluso la licitud de las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo, porque la oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, al operar aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. Pero la cosa no acaba aquí y la sentencia dedica los siete apartados del FJ sexto a justificar, con base en la doctrina del TSJUE sobre el control de oficio de las condiciones generales de la contratación, el apartamiento de los argumentos de nulidad por falta de reciprocidad alegados por el Ministerio Fiscal y AUSBANC y la posibilidad de acoger un fundamento de nulidad no alegado, cual es la abusividad que se produciría -al margen del criterio de abusividad del art. 82 TRLCU- por defecto de transparencia en la cláusula considerada. Considera el TS que si bien las condiciones generales impugnadas, de forma aislada, cumplen los requisitos de transparencia exigidos por el art. 7 LCGC para su incorporación, no cumplen *un segundo control de transparencia, el del contenido* de las condiciones incorporadas en los contratos con consumidores. Afirma el Tribunal Supremo que «la interpretación a contrario sensu del art. 4.2 de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del *objeto principal del contrato* (sic) se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible». Y que ello pueda llevarse a cabo de oficio, *atemperando las clásicas rigideces del proceso*.

En los apartados que siguen se razonará por qué consideramos que la Sentencia de 9.5.2013 ha sido dictada con una evidente incongruencia *extra petita* y genera indefensión.

2. El Tribunal Supremo malinterpreta los procedentes del TJUE

Es notable el empeño del juzgador en apurar las citas de precedentes de justicia comunitaria que justifican e imponen que el juez nacional se arrogue la competencia para apreciar y aplicar de oficio sus competencias de control sobre las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos con consumidores. Las referencias se encuentran en los §§ 109 a 116 de la sentencia, a las que nos remitimos en méritos de la brevedad. Desgraciadamente, la doctrina del TJUE no es unívoca, seguramente porque ha ido construyéndose de manera progresiva a medida que su intervención ha sido reclamada por los tribunales nacionales. Debe repararse -el Tribunal Supremo no lo hace y con ella empieza su deslizamiento en el error- que toda la jurisprudencia comunitaria se ha construido a propósito de bases normativas nacionales (españolas no pocas de ellas) que pecaban de carecer de un trámite de oposición por parte del consumidor en un determinado proceso o en el que el consumidor no había aprovechado el trámite por hallarse en rebeldía, dejando al juzgador con la incómoda tarea de concluir un allanamiento¹⁹. Toda esta jurisprudencia presupone que el *material de hechos contradictorios*, relevantes para la decisión, está ya en el proceso; porque cuando no es ello el caso, la doctrina comunitaria no permite amparar una actuación de oficio en la aplicación directa de la norma, sino que compele al juzgador a que *de oficio abra un incidente* (o lo invente, si la norma nacional no lo habilita) *para que se puedan determinar de manera contradictoria* los hechos²⁰, o los nuevos hechos, relevantes para la decisión y entonces sí, por segunda vez, el juez actúe de oficio en la aplicación de la norma *"tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"* (STJUE *Banif*, n. 23). En la jurisprudencia comunitaria no existe hiato entre tutela de oficio y exigencias del principio de contradicción y de tutela judicial efectiva. El juez nacional debe observar escrupulosamente ambas exigencias. El juez nacional *"debe respetar (el principio de contradicción) cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio"* (*idem*, n. 29). Más aún, leída en su verdadero contexto, la doctrina comunitaria es una llamada a la creación de espacios nuevos (necesarios) para la efectividad de la tutela judicial efectiva, no una doctrina anti-congruencia.

3. Excurso sobre incongruencia, aplicación de oficio y "iur novit curia"

Entre los §§ 116 a 130 se deshace la madeja con cuyo hilo se ha tejido la incongruencia. Es notorio que al tribunal no le falta buena voluntad consumerista, pero atropella principios básicos del Derecho por no distinguir entre los diversos niveles implicados en la doctrina del control de oficio.

Para deshacer la confusión vamos a distinguir cinco niveles en el asunto de la exigencia de congruencia y el apotegma de que *iura novit curia*.

¹⁹ Por eso, la acomodación del legislador español a esta doctrina ha pasado por modificar los arts. 552 y 689 LEC por medio de la Ley 1/2013, y crear nuevos espacios de contradicción procesal, no por la supresión de la exigencia de congruencia.

²⁰ "El juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva" (SSTJUE *Pénzügyi*, n. 56; *Banco Español de Crédito*, n. 44; *Banif*, n. 24; *Aziz*, n. 4)

- 1) La competencia para *traer los hechos al proceso* no puede estar comprendida en el *control de oficio* de la abusividad ni forma parte del alcance de *iura novit curia*. Ciertamente es que el juzgador puede hacer uso del medio de prueba consistente en la notoriedad de los hechos (art. 218 LEC), pero ello no constituye especialidad del tipo de controversias de que tratamos, por lo que ni su disponibilidad ni su alcance pueden haber estado determinados por la doctrina comunitaria relativa al control de oficio de las cláusulas abusivas. Ni el art. 218 LEC puede ser interpretado en el contexto del sistema procesal español como una "excepción" o una "modalización" a la exigencia de congruencia.
- 2) La competencia para *calificar conforme a una norma los hechos aportados*. Por ejemplo, que la cláusula en cuestión no supera el control de inclusión del art. 80 TRLCU, que es o no abusiva conforme al art. 82, que es contraria o no a una norma imperativa, etc. En este terreno es inminente el riesgo de precipitarse en la confusión, por la existencia de términos de estilo ya acuñados que se solapan total o parcialmente entre sí. Llamemos a este extremo *causa petendi* (SSTC222/1994, 136/1998) o, si se quiere, *términos en que se produjo el debate* (STC 20/1982). Remitimos su desarrollo para más adelante.
- 3) Competencia para *seleccionar la norma relevante* cuando están ya plenamente consolidados (con la debida contradicción) los términos en que se produjo el debate. Indiscutiblemente, pertenece al ámbito de *iura novit curia* y no reviste particularidad alguna porque se emplee en una controversia relativa a cláusulas abusivas. En efecto, *en los términos del debate producido*, no existiría problema de incongruencia si se decidiera finalmente que la cláusula en cuestión es nula por una norma de los arts. 82-88 TRLCU distinta de la citada y alegada por la parte interesada.
- 4) Competencia para *"escoger la concreta tutela que el juez considere adecuada entre todas las posibles"* (§ 120). Es evidente que pertenece a la *causa petendi*, pero con una exigencia suplementaria; ni siquiera dando lugar a una reproducción del debate y contradicción entre partes podría el juzgador modificar la pretensión ejercitada, con la excepción que sigue.
- 5) Competencia para *apartarse de los términos en que está consolidado el proceso y de la causa petendi* de la acción o de la reconvención. Este atentado a la congruencia procesal sólo es admisible en aquellos casos en que el juzgador ha de practicar un *control de orden público* que supera las incumbencias, acuerdos y necesidades de las partes interesadas. Es decir, cuando el juez está por encima del proceso civil. Por ejemplo, cuando pronuncia un *non liquet* conforme al art. 1306 CC o decreta un "sorpresivo" comiso, como en el art. 1305 CC, por estar incurso en ilicitud causal la relación disputada. Este proceder no sería congruente, sin embargo, cuando el juez sigue dentro del proceso civil y maneja la aplicación de normas que pretenden ser normas de tutela de los intereses de una de las partes procesales.

- 6) Finalmente, la *competencia creadora de derecho por la que el juzgador habilita nuevos espacios procesales* para que pueda tener lugar una defensa procesal preterida por el legislador. Es éste el espacio genuino y a la vez la contribución sobresaliente de la doctrina comunitaria relativa al control de oficio de la aplicación de las cláusulas abusivas. Pero vuelva a repararse que esta doctrina no presenta “dificultad” (§ 120) ni conduce a “atemperar las clásicas rigideces del proceso civil” ni condena a que el fallo “no se ajuste exactamente al suplico de la demanda” (§ 130). Esta doctrina es un modo de creación extrajudicial de remedios procesales que refuerzan el derecho a la tutela judicial efectiva y son perfectamente respetuosos con la prohibición de indefensión. La doctrina europea es una creación *praeter legem en aras de un incremento del principio de tutela judicial efectiva*, no un instrumento de socavamiento de esta exigencia. Cuando la exigencia de este trámite de audiencia se respeta, y las partes alegan lo que a su derecho conviene (u omiten cualquier objeción al respecto), no se puede hablar de incongruencia, puesto que para valorar el cumplimiento del deber de congruencia de la sentencia no se toma como punto de referencia la demanda, sino todas las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del pleito (art. 218 LEC). De hecho, cuando el juez ordinario se opone de oficio al despacho de ejecución de un título con cláusulas abusivas, y, como de ordinario, el consumidor se halla en rebeldía, no aporta ningún nuevo material al proceso, porque actúa con el material que le suministra el actor, que es la única parte en este certamen que se halla interesada en la salvaguarda del principio de contradicción y congruencia.

Obsérvese cómo el Tribunal Supremo confunde (§ 123) aspectos del problema que no pueden ser mezclados, cuando hace aparecer como equivalentes la paremia *quod nullum est*, y la doctrina civil de la *apreciación de oficio de la nulidad civil*, en un contexto en el que esta doctrina es un elemento extraño. En efecto, cuando la nulidad está puesta al servicio de un interés supra-partes y el juzgador actúa como instrumento del control del orden público objetivo, la *nulidad de oficio* sirve para asegurar el imperio de la norma *no civil* y de los intereses superiores a los intereses de la controversia civil de las partes. Que no es el caso de la presente controversia sobre la cláusula suelo, donde la doctrina del control de oficio ha de limitarse, de un lado, a garantizar el diligente cumplimiento de la exigencia de que *iura novit curia* y, de otro y principalmente, a *crear espacios nuevos para la efectividad de la tutela judicial efectiva*. Por eso, si ambas partes han dispuesto de su *day in court* y con plena consciencia de sus decisiones están dispuestas a plantear los términos de su controversia fuera del espacio de una posible nulidad (por ejemplo, por falta de transparencia), el juzgador debe respetarlo, porque “*no tiene el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo*” (STJUE Pannon, n. 33).

4. Además de incongruente, la sentencia es inconstitucional por autocontradictoria

En este punto no puede existir polémica. La Sala hace explícitos sus fundamentos y los objetivos a conseguir por medio de una aplicación de oficio del Derecho de cláusulas abusivas. En los §§ 124, 125 y 126 expone las exigencias de *crear espacios de contradicción* que impone la doctrina europea relativa al control de oficio. Aún más, el propio Tribunal se impone a sí mismo, y por iniciativa propia, la tarea de “*someter a las partes todos los factores que puedan incidir en la declaración de abusividad de la cláusula o cláusulas eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses, articulando al efecto los mecanismos precisos*” (§ 126) y aunque se muestra indulgente con una cierta relajación de los principios del proceso civil, no deja de reparar el límite insalvable de aquella indulgencia, a saber “*que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de la cláusula como abusiva*” (§ 130).

Mas es manifiesto para todos que no se ha cumplido con ese cometido y el Tribunal ha traicionado su compromiso. Asombra al lector cómo la Sala ha dejado de advertir la enorme insensatez de su conducta procesal. Bastaba que *hubiera abierto un incidente contradictorio* en plena casación. Ciertamente que la LEC no reconoce esta posibilidad. Pero precisamente para esto, y no para otra cosa, es para lo que debiera haber aprovechado la doctrina comunitaria, creando Derecho procesal *praeter legem*, como lo hicieron los jueces civiles ordinarios que ampliaron las causas de oposición al ejecutivo ordinario o que habilitaron una novísima fase de contradicción en el impermeable procedimiento de ejecución hipotecaria antes de que fuera realidad lo dispuesto en la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Estas inequívocas declaraciones del Tribunal comprometen necesariamente cualquier pretensión de defensa de la sentencia que tratara de justificar que en ella no se comete una alteración sorpresiva de la *causa petendi*, y que la abusividad por desequilibrio y la abusividad por falta de transparencia pertenecen al dominio de la *paremia iura novit curia*. Evidentemente que no es así, y todo el fatigoso debate autojustificativo de la sentencia en este punto presupone que la propia Sala es plenamente consciente de que no se está moviendo en el incomprometido terreno del mero *iura novit curia*. Si así fuera, hubieran podido excusarse tantas divagaciones y tanta cautela.

5. La incongruencia de la nueva causa petendi de la falta de transparencia

Como ya se ha expuesto, el TS necesita del argumento de la apreciación de oficio, puesto que la falta de transparencia de la cláusula no fue objeto de ninguna de las pretensiones de las partes intervinientes en el proceso. Por ello, aunque considera que, como regla, no cabe el control de equilibrio de las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, y aunque asume formalmente la doctrina del TSJUE sobre el respeto al derecho de

defensa de las partes en la estimación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas, considera que la citada Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 - C 484/08- y la falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13, le proporcionan bases suficientes para introducir esa tercera categoría de la abusividad por falta de transparencia que erróneamente considera suficiente para poder entrar a conocer de una fundamentación de nulidad no introducida en el proceso.

No puede admitirse que la pretensión de AUSBANC de nulidad de la cláusula por desequilibrio /mala fe en su contenido “cubra” en términos de congruencia la falta de incorporación por falta de transparencia.

El artículo 218.1.II LEC consagra el deber del tribunal de sujetarse a lo dispuesto por las partes, sin poder apartarse de los fundamentos fácticos y jurídicos alegados por aquéllas. Esto significa que el tribunal no podrá alterar el elemento jurídico de la *causa petendi*, esto es, la calificación jurídica de los hechos alegados para que «los litigantes no se puedan ver sorprendidos con un argumento jurídico del tribunal y que no habrían tenido oportunidad de debatir²¹. Es doctrina reiterada del TC que el vicio de incongruencia puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. La adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el tema (STC 40/2006). Para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales(SSTC 124/2000, 114/2003, 174/2004, entre muchas otras).

²¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces (CERA), Madrid, 2004, págs. 457 y 459.

Repárese que lo decisivo no es el nombre que le demos a la cosa (*causa petendi*, “términos del debate” “pretensiones procesales”, etc.) sino la dependencia causal entre la modificación producida y la generación de un estado de indefensión. La “alteración” introducida de oficio será respetuosa con la exigencia de congruencia cuando el nuevo universo del discurso esté suficientemente cubierto por las alegaciones y conductas procesales contradictorias ya desarrolladas por las partes. Si el universo del discurso excede del ámbito en que se produjo la contradicción procesal preexistente, es preciso abrir una nueva fase de contradicción, si ello es posible, o atenerse a la congruencia. Esto ocurre cuando en el nuevo discurso se introducen elementos *decisivos* de resolución que no encuentran ninguna referencia en las alegaciones de las partes ni en su actividad probatoria previa. Y es claro que ninguna de las partes, ni siquiera el Ministerio Fiscal, ha tenido ni la posibilidad ni la ocurrencia de alegar y probar lo que a su derecho importare sobre si las cláusulas suelo discutidas, que son lícitas, han incurrido o no en alguna de las contingencias listadas en el Fundamento decimotercero y que las condena a nulidad por lo que nadie pidió.

Cosa distinta ocurriría si, a modo de lo que sucede en el Derecho alemán, austriaco o francés, existiera algún mecanismo para que el tribunal planteara a las partes la posibilidad de acoger una calificación jurídica alternativa de los hechos, dándose oportunidad de defenderse de la forma que consideraran oportuna, a modo del planteamiento de la tesis del proceso penal²². No siendo esto así *fuera del ámbito del control de oficio* en los términos de la doctrina explicada del TJUE, la regla *iura novit curia* sólo permite al juzgador aplicar el Derecho que «como estime más acertado», ajustándose al «genuino fundamento de la pretensión, siempre que no prescinda de la *causa petendi*». Esto permite acudir a la regla *iura novit curia* en casos de errores u omisiones de las partes a la hora de citar la norma jurídica aplicable: citación errónea de una o varias normas jurídicas, cuando se desprenda cuál ha de ser de lo alegado y pedido por las partes; cuando se omita una norma positiva, pero quede claro que es la que sirve de base a la pretensión; cuando se ha citado erróneamente un principio general del Derecho; cuando se ha calificado erróneamente un negocio jurídico, pero cabe deducir con claridad de cuál se trata; cuando se califica un negocio jurídico de forma errónea un hecho o circunstancias que sirve de fundamento a lo que se pide, siempre que pueda deducirse el fundamento jurídico en que quiere el actor fundar su pretensión; cuando se incurre en contradicciones internas o confusiones o errores pero es posible determinar cuál es la base de su pretensión atendiendo a los hechos y a argumentaciones jurídicas²³.

La fundamentación de la nulidad en uno y otro caso es totalmente distinta. Un desequilibrio acaso consentido pero impuesto es el sustrato fáctico de la

²² ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 108.

²³ El listado de ejemplos es de DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 70

nulidad por abusividad, frente a falta de consentimiento del adherente respecto de la cláusula incomprensible. La falta de transparencia hunde sus raíces en la nulidad por vicios del consentimiento. Las cláusulas abusivas son nulas y se tienen por no puestas “en todo caso”, para que el consumidor pueda consentirlas en la confianza de poder contratar sin que posteriormente se le considere vinculado a ellas (apreciación de oficio en ejecutivo y monitorio, rebeldía del demandado, ilicitud manifiesta, etc.). En el caso de la falta de transparencia, el fundamento de la nulidad es que no hay consentimiento respecto de la cláusula incomprensible, sorpresiva, inaccesible. En la cláusula abusiva, no hay nulidad si no hay desequilibrio. En la cláusula sorpresiva o inaccesible hay nulidad aunque no exista desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes porque en el fondo falta un requisito esencial de validez, que es el consentimiento. El predisponente debe articular su defensa probando que la nulidad por desequilibrio no existe porque la cláusula no provoca un desequilibrio en el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, en el caso de las cláusulas abusivas. Pero, ante una pretensión de no incorporación, por el contrario, tendrá que probar que el consumidor tuvo conocimiento suficiente del alcance y significado de la cláusula en cuestión, ya que, como afirma el propio TS, *“la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio para el consumidor”* (229). Sin embargo, en ningún momento del proceso que dio lugar a la STS 9.5.2013 se ha practicado la *prueba de la comprensibilidad del adherente medio no entendido en Derecho* que exige toda declaración de falta de transparencia²⁴, y por lo tanto se ha infringido la doctrina constitucional según la cual *“toda labor de aplicación del Derecho tiene como presupuesto lógico, no sólo la determinación de la norma aplicable y de su contenido, sino el previo acotamiento de la realidad a la que ha de ser aplicada, es decir, la previa individualización del caso”* [STC 131/2000, de 16 de mayo (RTC 2000, 131)].

Pero precisamente porque puede haber equilibrio en el contenido en la regulación contractual pretendida por la cláusula a pesar de su falta de transparencia, o porque no cabe presumir que no lo haya, y porque puede existir conocimiento y consentimiento pleno de la cláusula en función de las circunstancias subjetivas u objetivas del adherente, la falta de transparencia sólo corresponde al contratante que la sufre, único legitimado para valorar su conocimiento de la cláusula en cuestión. Es, por lo tanto, jurídica y fácticamente imposible practicar un control abstracto de transparencia. Es más, se produce indefensión si a la entidad condenada “en abstracto” se le impide acreditar “en concreto” que en los contratos singulares x’o y’ o en el caso de clientes singulares x’o y’ se ha satisfecho cumplidamente la exigencia respecto de la transparencia. Por eso, incluso los autores que consideran existente un *tertium genus* de abusividad entre no incorporación y abusividad por contenido niegan que pueda estimarse de oficio la falta de

²⁴ .Peter Ulmer, Erich Brandner, Horst-Diether Hensen), AGB Kommentar, &307, Rd 51 (11ª ed), ed. Otto Schmidt, Colonia, 2011.

transparencia o la sorpresividad. Así, PERTIÑEZ VILCHEZ, F., único autor español que ha dedicado una monografía a intentar sostener la existencia de una abusividad basada en la falta de transparencia en nuestro Derecho, afirma textualmente en relación con “la apreciabilidad de oficio” lo que, por su interés, reproducimos²⁵: *El TSJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la apreciabilidad de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas en la Sentencia de 27 de junio de 2000, que resuelve sobre una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera instancia núm. 35 de Barcelona, relativa a una cláusula de sumisión expresa...La decisión del TSJUE es extensible a aquellos supuestos de cláusulas abusivas en los que, como ocurre con la cláusula de sumisión expresa, el vicio de abusividad sea patente, pero no a aquellos supuestos de cláusulas abusivas en los que la constatación de la abusividad no es posible sino mediante una valoración, que sólo judicialmente y mediante un proceso contradictorio se podría hacer, pues de lo contrario se estaría conculcando el derecho del predisponente a defender argumentos o a aportar pruebas. Las cláusulas abusivas sobre el precio y el objeto, y las cláusulas sorprendentes pertenecen a este segundo grupo de cláusulas cuyo carácter abusivo no es patente y sólo puede determinarse tras una valoración judicial a la vista de las alegaciones y de las pruebas practicadas por ambas partes sobre las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y el resto del contrato...La necesidad de valoración excluye, conforme al principio de contradicción, la posibilidad de que la nulidad de estas cláusulas sea declarada de oficio”.*

Dicho sea de paso, abocamos otra vez a una causa de inconstitucionalidad por indefensión. Se ha puesto a las entidades financieras en la tesitura de ser condenadas por una alegación de la que no han podido defenderse (itampoco AUSBANC ha podido “defenderse” frente a dicha alegación, que tampoco le beneficia!) y, lo que ahora importa, no se les ha dejado la posibilidad, ni en el proceso ni en fase de ejecución de alegar y probar que algunos o muchos de sus clientes sí han recibido la información (o no la han necesitado) y cumplidos los protocolos en los que la Sala cifra la condena de falta de transparencia.

A diferencia de la abusividad de fondo (que se consiente, pero de forma impuesta), la falta de transparencia incorpora un juicio de cognoscibilidad que ha de apreciarse caso por caso. Aquí puede ponerse el ejemplo de la gestión del conflicto de las participaciones preferentes y la gestión de carteras de inversión, muy ilustrativas en este sentido²⁶. La jurisprudencia ha dado por bueno que no todos los suscriptores son igualmente protegibles, en función de su nivel cultural, de la información (incluso oral) a la que hayan podido tener acceso, de su perfil de riesgo, etc. Por esa razón desde el principio se abortó judicialmente la posibilidad de litigar la licitud de las participaciones preferentes en el seno de procedimientos colectivos en que

²⁵ En “Las cláusulas abusivas...cit. Págs. 230-231.

²⁶ STS 18 abril 2013, RJ 2013\3387; Sobre la reconducción de la falta de transparencia a vicio del consentimiento en contratación de swaps, SAP Barcelona 28 junio 2013 (JUR 2013\269229).

se ejercitan abstractamente acciones de cesación. Sin embargo, las cláusulas abusivas "en todo caso" constituyen supuesto de ilicitud, de contravención de norma imperativa (art. 1.258 CC, justo equilibrio de las obligaciones y derechos de las partes) que puede verificarse en abstracto. Por eso las cláusulas abusivas pueden ser objeto de una acción colectiva de cesación, mientras que la no incorporación de una cláusula a un contrato concreto requiere un análisis del grado de comprensibilidad y consentimiento a la cláusula en cuestión.

El propio Tribunal Supremo lo reconoce en las conclusiones del Fundamento decimocuarto, donde se afirma que *"el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores no permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente"*.

No son éstas las únicas diferencias de fundamentación del *petitum*. El conocimiento del alcance de la cláusula abusiva por parte del consumidor no impide su apreciación de nulidad posterior, siempre que sea unilateralmente impuesta (porque en dicha confianza del consumidor en que puede contratar y porque se tendrán por no puestas se basa el régimen del control de contenido). Mientras que un conocimiento suficiente sobre el alcance de una cláusula que, según el consumidor medio sea poco transparente o desubicada, en definitiva, sorpresiva, pero afectada por un control de contenido, impide la consecuencia de la no incorporación, si la misma no puede considerarse, por sí misma, abusiva (y no lo será si el desequilibrio es puramente económico, no jurídico, por recaer sobre la determinación de la prestación que constituye el objeto del contrato o sobre el precio).

De la última jurisprudencia en materia de nulidad de cláusulas abusivas [las cláusulas abusivas no se integran, se anulan sin más, STJUE 14.6.2012 (as. 618/2010)²⁷] cabe derivar aún otra diferencia. La demanda de nulidad por contenido tiene que dejar subsistente el techo, mientras que la de falta de

²⁷ La STJUE 14.6.2012 (as. 618/2010) ha sostenido que el art. 6.1 de la Directiva 93/13, de cláusulas abusivas, («no vincularán al consumidor...las cláusulas abusivas que figuren en un contrato» y éste seguirá «siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas») habilita a los jueces nacionales únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, pero no están facultados para modificar el contenido de la misma ni integrarla ni sustituirla. El contrato en cuestión debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Como ya afirmamos desde el Centro de Estudios de Consumo (CARRASCO PERERA, A.: «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas, ni modificarlas» <http://www.uclm.es/centro/cesco/trabajos15.asp>), esta doctrina (sorprendente) está fundada en una consideración de política legislativa de prevención general de conductas abusivas, pues si la cláusula se suprime, y no se sustituye, modera, ni se "reconduce" a lo justo, el empresario que utiliza cláusulas abusivas sufre un impacto in terrorem que de otra forma se ahorraría, perdiendo con ello incentivos para acomodar sus contratos a las exigencias de lo justo. Por tanto, el juez no puede "integrar" ni "moderar", como imponía el art. 83.2 del TR de la Ley de Consumidores.

transparencia exige tenerlo por no puesto, porque no puede ser transparente el techo y el suelo no, cuando ambos limitan el interés sin reflejar de forma transparente su incidencia en la determinación de uno de los elementos esenciales del contrato. Por lo tanto, la declaración de nulidad perjudica a la parte a la que intenta proteger, sin consultarle sobre su palmario interés en la subsistencia de la cláusula techo. Sin embargo, repárese en que, según la citada doctrina del TSJUE, la cláusula techo habría quedado subsistente *contra proferentem* a modo de efecto disuasorio de haberse estimado lo verdaderamente pedido: la abusividad de fondo de la cláusula suelo. En realidad, se necesita poca reflexión de que no puede ser buena una sentencia que, operando como lo hace, elimina las cláusulas techo pactadas en escrituras de hipotecas, con consecuencias perversas para los consumidores que sólo nos podrá descubrir el futuro.

Todas las anteriores consecuencias son las que se derivan de una “fundamentación jurídica distinta de la que las partes han querido hacer valer” (art. 218.1 LEC).

Repárese en que la sentencia es incongruente, además, con su propia afirmación de apreciación de oficio de la nulidad que declara. Porque si la nulidad es “por falta de transparencia”, y el TS la estima así de oficio, ello no puede suponer de ningún modo, según lo dicho anteriormente en relación con la *causa petendi*, una estimación “parcial” de la demanda de AUSBANC.

6. Se satisface el test de inconstitucionalidad para declarar la incongruencia

Finalmente, es preciso cotejar las circunstancias procesales en que se produce la declaración de abusividad formal por parte del TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 con la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, *no todo defecto de incongruencia por extra petitum genera indefensión*. En este sentido el Tribunal Constitucional señala que ésta sólo se provoca cuando el tribunal sorprende a las partes en la sentencia con hechos o fundamentos jurídicos distintos, imposibilitando una verdadera contradicción (así desde STC 20/1982 [RTC 1982, 20]; en análogo sentido, SSTC 177/1985 [RTC 1985, 177], 98/1996 [RTC 1996, 98], 56/2007 [RTC 2007, 56]). Porque «si la sentencia modifica la *causa petendi* alterando la acción ejercitada, se habría dictado sin oportunidad de debate ni defensa» (STC 98/1996 [RTC 1996, 98], en el mismo sentido que las SSTC 189/1995 [RTC 1995, 189], 191/1995 [RTC 1995, 191], 60/1996 [RTC 1996, 60], 222/1994 [RTC 1994, 222], y 125/1993 [RTC 1993, 125]). Únicamente quedan a salvo las pretensiones que, aun cuando no hubieran sido formal o expresamente ejercitadas, estuvieran «implícitas o fueran consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso» (STC 50/2007 [RTC 2007, 50], en análogo sentido a las SSTC 250/2004 [RTC 2004, 250], 42/2006 [RTC 2006, 42], y 278/2006 [RTC 2006, 278]).

No es éste el caso en el *iter* procesal de la STS 9 de mayo de 2013. No existe a lo largo del proceso ni una sola referencia de las partes a un supuesto defecto de transparencia de las cláusulas discutidas. Ni siquiera a través de la doctrina de los hechos notorios (a la que acude siquiera erróneamente el TS para considerar probado el carácter de condición general de la contratación), se introduce elemento probatorio alguno que permita al Tribunal realizar las declaraciones de circunstancias constitutivas de falta de transparencia que realiza en el FJ decimotercero.

IV. LA (IN)ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA SENTENCIA 9.05.2013 GENERA INDEFENSIÓN

Ya se ha argumentado en líneas anteriores que la indefensión real de las entidades demandadas por la introducción de cuestiones nuevas en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sin previa contradicción de las partes va más allá de lo puramente formal, por impedir a ambas partes (no sólo a las entidades demandadas) la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses” (SSTC 172/1994, de 7 de junio; 311/1994, de 21 de noviembre; 308/2006, de 25 de septiembre). Pero además de lo anterior, que podría afectar únicamente al fundamento de la pretensión ejercitada, la sentencia genera indefensión toda vez que las causas de la nulidad declarada se sustentan sobre circunstancias fácticas no debatidas en ningún momento del proceso.

La indefensión probatoria que genera la STS 9.05.2013 se mueve en dos niveles distintos y produce efectos de distinta intensidad de cara a la tutela judicial efectiva de las entidades demandadas.

En un primer nivel, recordemos que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla recurrida en casación consideró, tras valorar la prueba practicada, que la negociación de las cláusulas era “efectiva”. Sin embargo, la Sentencia dedica un epígrafe a “la prueba de los hechos notorios” (§§ 153 a 159). Según el TS, las cláusulas suelo han de considerarse por notoriedad “impuestas”. Pero nunca existió a lo largo del proceso prueba al respecto para llegar a esta conclusión sobre una circunstancia que el Tribunal de apelación pudo valorar con plena cognitio, no así el TS, limitado por la función nomofiláctica del recurso de casación²⁸. De hecho, su consideración como cláusula no negociada

²⁸ La jurisprudencia (STS 415/2007 de 16 abril RJ 2007\3552) considera como susceptibles de ser considerados, en virtud de las facultades de integración del *factum* de que dispone el tribunal de casación, aquellos hechos auxiliares o circunstancias fácticas que contribuyen a perfilar la cuestión litigiosa y a ayudar a su resolución siempre que consten en autos; hayan sido objeto del proceso; no entren en contradicción con la valoración de los hechos probados efectuada por la sentencia recurrida por no existir controversia sobre ellos ni requerir una nueva valoración probatoria; sean relevantes para la aplicación de la norma invocada como infringida; y hayan sido preteridos por la sentencia impugnada, incurriendo con ello en una omisión de la necesaria amplitud o concreción del relato de los hechos integrantes del supuesto de la norma aplicable (SSTS de 8 de febrero de 1993 [RJ 1993, 688], 21 de junio de 1993 [RJ 1993, 4710], 6 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7307], 10 de junio de 1995, 5 de diciembre de 2002, 19 de diciembre de 2003, 5 de marzo de 2004, 11 de mayo de 2004 [RJ 2004,

individualmente dependerá de la (in)existencia de «tensión negociadora» que, a diferencia de la notoriedad que el TS atribuye al hecho de la falta de negociación, es frecuente que concurra ante este tipo de cláusulas²⁹. Además, es interesante matizar la doctrina expuesta con la que se desprende de la STS 406/2012, de 18 de junio, ya apuntada por la SAP Madrid de 22 de marzo de 2007: también debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, que puede considerarse probado aunque no exista tal participación. Como afirma PALAU RODRÍGUEZ en el comentario a dicha resolución³⁰, la negociación en los mercados modernos no puede equipararse con el regateo, habida cuenta que el consumidor emitirá libremente su consentimiento siempre que pueda reaccionar frente al objeto del contrato o precio exigido por el oferente, y pueda valorar ofertas alternativas. Como prueba de que el consumidor puede valorar ofertas alternativas debería bastar, si no se quiere situar al empresario ante una prueba diabólica, con la aportación de distintos contratos de adhesión que acrediten que un porcentaje relevante de contratos no contienen la cláusula cuya abusividad se discute.

2734], 20 de mayo de 2004, 28 de mayo de 2004, 16 de junio de 2004 [RJ 2004, 3612], 19 de octubre de 2004, 3 de junio de 2005, 15 de febrero de 2006 [RJ 2006, 2943], 6 de octubre de 2006 [RJ 2006, 7624] y dos sentencias de 11 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 609]).

Sin embargo, la doctrina del TS sobre la posible integración del *factum* en casación ha sido elaborada únicamente para justificar el ejercicio de una facultad encaminada a integrar la respuesta a los motivos de casación fundados en la infracción de otras normas o jurisprudencia, pero no puede apoyarse en dicha doctrina un motivo de casación independiente directamente encaminado a obtener una alteración de los hechos probados, a introducir hechos nuevos o a suplir la falta de valoración probatoria (SSTS 18 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7615], 9 de junio de 2000 [RJ 2000, 4405], 11 de mayo de 2001 [RJ 2001, 6197], 28 de junio de 2001, 5 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10431], 3 de junio de 2005, 4 de febrero de 2005, 22 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8644], 17 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8993] y 11 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 609]).

²⁹ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pág. 808.

³⁰ Citada por PALAU RODRÍGUEZ, S., "Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido", Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 5/2011 (Estudio). Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2011 F.D. 5º, que por su importancia reproduce el autor parcialmente: «En los mercados modernos los precios no son objeto de negociación individual (regateo) por parte de los consumidores o dicho de otro modo, para que exista consentimiento libre no es necesario que ambos interesados participen en la elaboración del contenido del contrato. La posibilidad de autodeterminación no depende de que el contrato se negocie, sino que basta con que existiendo precios y condiciones fijas, el oferente tenga que contar con la reacción de los demandantes en función del contrato y deba adaptar su oferta a lo que éstos demandan. En definitiva, el consentimiento libre no depende de que el contenido del contrato se elabore mediante el regateo o la discusión entre ambas partes. El consumidor tiene a su disposición otras alternativas si una oferta no le conviene y el hecho de que ninguna de las ofertas disponibles en el mercado le satisfaga no desvirtúa lo expuesto; el grado de autodeterminación viene delimitado por el mercado, al margen de que el consumidor pueda desear condiciones más favorables, lo cual no constituye objeto de protección». En la doctrina, véase CÁMARA, S., *El control...cit.*, pág. 143, nota 162 (BIB 2006, 2118) , quien cita el fundamento de derecho tercero de la SJM nº 1 de Alicante de 3 de enero de 2005 (AC 2005, 36) : «Esta exención se basa en que respecto del objeto y precio del contrato el consumidor dispone de libertad, de una alternativa razonable, ya no tanto de negociar en el sentido de "regatear", sí cuanto menos de seleccionar otra opción alternativa y transparente. No parece que tal facultad de selección se efectúe en el caso de la cláusula litigiosa que nos ocupa, entre otras razones por la utilización por la inmensa mayoría de los aparcamientos de este sistema de cálculo (...)».

Pero dejemos ahora a un lado la dificultad de considerar en sede casacional que una conclusión fáctica del tribunal de instancia es "notoriamente" equivocada a pesar de no ser considerada irracional, ilógica o absurda³¹. Lo relevante a efectos constitucionales es que la doctrina de los hechos notorios sólo es aplicada por el TS (FJ 8º) para justificar la cláusula suelo se introduce en los contratos de préstamo hipotecario a modo de condición general de la contratación, pero el resto de afirmaciones fácticas ni siquiera son objeto de tal prueba. En este segundo nivel, a diferencia de la consideración del carácter "impuesto" de la cláusula suelo, que se considera probada "por notoriedad", se producen dos vulneraciones del derecho de defensa:

En primer lugar, la apreciación de oficio supera el carácter abusivo de la cláusula y sustituye el hecho debatido -si existe o no reciprocidad entre el riesgo asumido por las partes contractuales- por el de la falta de comprensibilidad real de la cláusula de limitación a la variación del interés. En segundo lugar, las circunstancias (autónomas, según el Auto de 6 de junio de 2013) que el TS considera reveladoras de la falta de transparencia están basadas en un elenco de particularidades fácticas huérfanas de toda actividad probatoria, ni tan siquiera beneficiadas por el expediente de la notoriedad. Este segundo nivel de inactividad probatoria contrasta con la propia declaración de intenciones del TS, que proclama que *"cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba"* (§116).

Como puede fácilmente comprobarse, el Tribunal Supremo también partió de la necesidad de practicar la prueba acreditativa de los hechos constitutivos de su declaración final de abusividad por falta de transparencia. Sin embargo, finalmente optó por una valoración "interna" de hechos no probados en una adecuación meramente formal a los límites procesales del recurso de casación, antes que por plantear un incidente ante el TSJUE. Un incidente necesario con el que resolver si la doctrina comunitaria sobre la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores es aplicable en todas las fases del proceso civil y, por lo tanto, justifica la apertura de incidente probatorio en recursos extraordinarios limitados a valorar la correcta aplicación de las normas y por lo tanto no pensados para la introducción de cuestiones nuevas como es el recurso de casación civil.

Al no hacerlo así, se ha infligido una patente indefensión a las entidades demandadas, ya que *"la sentencia debe contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio [RTC 1991, 122]; 112/1996, de 24 de junio [RTC 1996, 112]; 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 25], entre otras muchas). Tales elementos y razones, de naturaleza tanto fáctica como jurídica,*

³¹ Circunstancias fuera de las cuales no es admisible *"que la Sala revise íntegramente la valoración de la prueba practicada, tratando de convertir el procedimiento en una tercera instancia, lo que, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, en absoluto es, situando al juzgador casacional en el trance de un nuevo juicio jurisdiccional del asunto, en lugar de su auténtica función, circunscrita a la comprobación de la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico por la resolución impugnada"* (por todas, STS 19 mayo 2006 RJ 2006\3276).

deben conducir según un normal razonamiento lógico a la consecuencia jurídica contenida en la parte dispositiva de la resolución, en el fallo; incumbiendo al TC en sede de amparo «supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante» (STC 117/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 117]), y la subsunción de tal material fáctico en las normas jurídicas que se consideren adecuadas al caso, debiendo tal selección y aplicación de las normas jurídicas que sustentan la decisión no ser arbitraria ni irrazonable, y congruente con las alegaciones y pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el proceso. El TC en sede de amparo puede «supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante» (STC 117/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 117]), y la subsunción de tal material fáctico en las normas jurídicas que se consideren adecuadas al caso, debiendo tal selección y aplicación de las normas jurídicas que sustentan la decisión no ser arbitraria ni irrazonable, y congruente con las alegaciones y pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el proceso”.